

העותרת

בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם

בשטחים (ע.ר.)

על-ידי בא-כוחה עוה"ד חגי קלעי ו/או גלעד ברנע

דניאל פריש 8, תל-אביב

טלפון : 054-7808748, פקס : 02-6713735

HagaiKalai@Gmail.Com

(להלן: "העותרת")

**נגד**

המשיבים

1. רשות השידור

2. מנכ"ל רשות השידור

3. ועדת הערר מכוח סעיף 6 לתקנות רשות השידור

רשות השידור, כנפי נשרים 15, ירושלים 91162

ע"י עו"ד מוטי ארד

טלפון : 03-7111711, פקס : 03-7111700

(להלן: "המשיבים")

וכן בעניין

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י מחלקת הבג"צים

משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

טלפון : 02-6466588, פקס : 02-6467011

**תגובה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה מיום 4.8.2014**

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 4.8.2014, הרינו להגיש תגובתנו לעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה ביום 4.8.2014.
2. העותרת עומדת על כלל טענותיה כפי שפורטו בעתירה ובדיון בעל פה שנערך ביום 31.7.2014. כפי שיפורט להלן, סבורה העותרת כי על פי הדין הקיים יש לדחות את עמדת המשיבים שהובאה בתגובתם מיום 30.7.2014 ואת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כמפורט בהודעתו מיום 4.8.2014. בתמצית, העולה מעמדת המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה הוא שברצונם להפוך את ההלכה שנפסקה בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (סב) 715 (2008) (להלן: פרשת המפקד הלאומי). בשונה, לגישת העותרת אין מקום לשוב ולבחון הלכה זו, משלא חל כל שינוי נסיבות של ממש המצדיק זאת. זאת ועוד, אף אם ימצא כי יש מקום לשוב ולבחון את הלכת המפקד הלאומי, תטען העותרת כי אין מקום להחיל את המבחנים העתידיים

- שיקבעו על התשדיר מטעמה, וכי יש לעשות זאת רק במצב צופה פני עתיד.
3. משנוגדת עמדת המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה את הלכת **המפקד הלאומי**, שנתקבלה בהרכב מורחב של שופטי בית המשפט הנכבד, ונוכח הסכמת המשיבים להכרעה בעתירה כאילו ניתן בה צו על-תנאי, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו מוחלט כמבוקש בעתירה.
4. לחילופין, ככל שימצא בית המשפט הנכבד לנכון לשוב ולבחון את הלכת **המפקד הלאומי** מתבקש הוא להורות על הרחבת ההרכב, ולאפשר לעותרת להגיש עמדתה בנוגע לכלל הסוגיות החוקתיות כבדות המשקל שנדונו באותו ההליך.
5. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לפסוק לטובת העותרת הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.

**יש לדחות את עמדת המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה המבקשים לשנות את הלכת המפקד הלאומי**

6. בפרשת **המפקד הלאומי** נדונה חוקתיותם של הכללים האוסרים על שידור תשדיר השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית במסגרת תשדיר מסחרי. בית המשפט הנכבד פסק בדעת רוב כי אף שיש בהגבלה זו משום פגיעה בחופש הביטוי, הנגזר מהזכות החוקתית לכבוד האדם, הרי שהכלליים עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, ומשכך הם חוקתיים.
7. באותה הפרשה עיגן בית המשפט הנכבד את ההלכה שנפסקה בבג"ץ 10182/03 ח.ל. **חינוך לשלום בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד נט(3) 409 (2004) (להלן: פרשת **חינוך לשלום**) בדין. בית המשפט קבע כי מידתיותם של הכללים נלמדת על בסיס הלכת **חינוך לשלום**. כבוד השופטת (כתוארה אז) נאור ציינה מפורשות כי:

"מידתיות הכללים מקבלת משנה תוקף לאור פרשנות הכללים בפרשת **חינוך לשלום**, המתירה לשדר פרסומת פוליטית ובלבד שתתמקד במסר עובדתי בלבד" (שם, פסקה 59).

8. יובהר, הלכת **חינוך לשלום** אינה כוללת אף לא אחד מהמבחנים שהוצעו על ידי המשיבים ועל ידי היועץ המשפטי לממשלה. היא אינה כוללת את המבחן שהוצע על ידי המשיבים שעל פיו רשאית הרשות למנוע כל תשדיר שיובן על ידי האדם הסביר כפוליטי או כמעורר מחלוקת אידיאולוגית (פסקה 45 לתשובת המשיבים); היא אינה כוללת את מבחן ה"טוקבק" שהוצע על ידי המשיבים (פסקה 26 לתשובתם); היא אינה כוללת את מבחן קיומם של כלי תקשורת אלטרנטיביים או במות וירטואליות לפרסום המידע (פסקה 25 לתשובתם); והיא אינה כוללת את המבחן שהוצע הן על ידי המשיבים והן על ידי היועץ המשפטי לממשלה שעל פיו רשאית רשות השידור למנוע פרסום תשדיר בשל המועד של הפרסום וזהות המפרסם (פסקה 50 לעמדת המשיבים, פסקה 32 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה).

9. בהמשך לאמור, מסתמכים הן המשיבים והן היועץ המשפטי לממשלה על פסק הדין שניתן בבג"ץ בג"ץ 7144/01 **גוש שלום עמותה רשומה נ' רשות השידור**, פ"ד נו(2) 887 (2002) (להלן: פרשת: **גוש שלום**). בכל הכבוד, לגישת העותרת אין מקום לתת משקל לפסק דין זה. פסק הדין בפרשת **גוש שלום** ניתן לפני שנקבעה הלכת **המפקד הלאומי והלכת חינוך לשלום**. הלכות אלו נקבעו בהרכב מורחב נוכח האתגר החוקתי המורכב שהציבו הכללים, והן ההלכה המחייבת. כאמור, המבחן שאומץ בפרשת **גוש שלום**, במסגרתו נבחנה הפרשנות שיכול השומע להעניק לתשדיר, נדחה בהלכת **חינוך לשלום** ובהלכת **המפקד הלאומי**.
10. המבחן הנוהג לבחינת סמכותה של רשות השידור למנוע שידור תשדיר הוא המבחן שנקבע בהלכת **חינוך לשלום**, שאושרה בהרכב מורחב של שופטים בהלכת המפקד הלאומי, ושהיא ואושרה בבג"ץ 7192/08 **המטה להצלת העם והארץ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו** (פורסם בנבו, 28.10.2009) (להלן: פרשת **המטה להצלת העם והארץ**) והיא הלכת הרכיב הדומיננטי.
11. על פי מבחן הרכיב הדומיננטי, השאלה הרלבנטית היחידה היא האם התשדיר הוא בעיקרו פרסום של עובדות, או שהוא כולל פרשנות ושכנוע. על פי מבחן זה רשות השידור אינה רשאית לשקול את זהות המשדר (וכך היא מודה בפה מלא שעשתה בהליך הנוכחי, ראו סעי' 4 לתשובת ועדת הערר, המצורפת לעתירה כנספח ז, ופסקה 50 לתשובת המשיבים); והיא אינה רשאית לבחון את השאלה האם העובדות המוצגות יכולות להתפרש באופנים שונים על ידי שומעים שונים. ודאי שהרשות אינה רשאית לשקול את ההלימה בין פרשנויות אפשריות שונות של העובדות לבין עמדת הממשלה (וממילא, בהליך הנוכחי הרשות לא התייעצה עם הממשלה על מנת לשמוע את עמדתה).
12. שיקול אחרון זה, ששב וחוזר הן בהחלטת ועדת הערר, הן בטיעוני המשיבים והן בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הוא שיקול מטריד במיוחד. זאת, שכן הוא מבקש לערער על מעמדה העצמאי של רשות השידור, ולהכפיפה לשיקולים ועמדות פוליטיות. ברי, כי הטענה כי התשדיר עלול להתפרש על ידי השומע כמנוגד לעמדת "ישראל" כוונתה כי התשדיר עלול להתפרש כמנוגד לעמדת הממשלה, ודאי שיש רבים בישראל, לרבות בכנסת, שאינם מקבלים את עמדת הממשלה. המשיבים, והיועץ המשפטי לממשלה, מבקשים אם כן לאפשר לרשות לשקול במסגרת שיקוליהם את התאמת השידור לעמדת הממשלה, וזאת, בניגוד מוחלט לערכי היסוד שראוי שינחו את פעולת השידור הציבורי – עצמאות ויכולת לקיים ביקורת אפקטיבית על השלטון במסגרת תפקידה של התקשורת כ"כלב השמירה של הדמוקרטיה".
13. אף השיקול, העומד במוקד החלטת ועדת הערר ותשובת המשיבים, ואשר נמצא כראוי על ידי היועץ המשפטי לממשלה, בדבר זהות המפרסם, הוא שיקול פסול. כפי שפורט בפסקה 48 לעתירה, התחשבות בעמדות אידיאולוגיות או השקפה פוליטית של אדם או גוף כשיקול להגבלת מתן שירותים עומד בניגוד חריף לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התשכ"א-2000 (להלן: **חוק איסור הפליה**). קביעת תבחינים שונים לגופים שונים בשל עמדותיהם מנוגדת אף בצורה העמוקה ביותר לעקרון השוויון החוקתי ומערערת את יסודות הדמוקרטיה – היא יוצרת היררכיה בין

עמדות פוליטיות ואידיאולוגיות, ומגבילה עמדות שאינן פופולריות. כפי שנראה בהמשך הדברים, זהו בדיוק ההליך שהתקיים במקרה הנוכחי, בו בפועל מבקשת המשיבה ליצר רף בחינה שונה למפרסמים שונים על בסיס עמדותיהם האידיאולוגיות, בניגוד לעקרונות החוקתיים של מדינת ישראל, בניגוד לחוק ובניגוד להלכה הפסוקה.

14. יובהר, העותרת אינה מבקשת לשנות מהלכת **חינוך לשלום** ואינה מבקשת להפוך את הלכת **המפקד הלאומי**. בשונה, המשיבים, כמו גם היועץ המשפטי לממשלה, מבקשים מפורשות לשנות את ההלכה הנוהגת, ולאמץ קריטריונים חדשים לבחינת סמכותה של רשות השידור למנוע שידור פרסומת, דוגמת הפרשנות האפשרית שיכול השומע להעניק לתשדיר, זהות המפרסם, קיומו של "איזון" בעובדות והרף לבחינת איזון זה וכדומה. היועץ המשפטי לממשלה מציין מפורשות בתגובתו כי: "יש לפרש בצמצום מרבי את מבחן המרכיב הדומיננטי, ואפשר שאף בצמצום רב יותר משפורש בעבר" (פסקה 27 לתגובתו, ההדגשות במקור). זאת, שכן לדעתו מבחן המרכיב הדומיננטי מעורר, בלשונו, "קושי עיוני ויישומי". חלף מבחן המרכיב הדומיננטי כפי שהוא עוצב בפסיקה, מבקש היועץ המשפטי לממשלה לקבוע מבחן חדש, הוא מבחן ה"מידע האינפורמטיבי המעשי". במסגרת מבחן חדש זה תהיה רשאית רשות השידור למנוע שידורו של כל תשדיר שיכול להיות בו, אף אם רק בחלקו, תמיכה בעמדה אידיאולוגית. ובלשון התגובה:

"אף אנו סבורים, כי כך על גופי השידור לפעול מכאן ולהבא. להימנע מאבחנות דקות מדק בין מידע אינפורמטיבי פלוני למשנהו, בהן יקשה לזהות אימתי מדובר במידע טהור ומתי בקידום מסר מפורש או משתמע, ולהותיר את מבחן המרכיב הדומיננטי למקרים מובהקים בלבד בהם ברור, כי המידע האינפורמטיבי המעשי המוגש לציבור הוא עיקר התשדיר, ואין מדובר בתשדיר, אשר לאור תוכנו, הקשרו, עיתוי פרסומו ומכלול נסיבותיו, פועל גם, ואולי בעיקר, להעביר מסר ולתמוך בעמדה שנויה במחלוקת" (שם, פסקה 28 – ההדגשות הוספו).

15. הדברים מדברים בעד עצמם. המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה מבקשים, תחת המעטה של "פירוש מצמצם" של מבחן הרכיב הדומיננטי, לקבוע מבחן חדש שבינו לבין מבחן הרכיב הדומיננטי אין דבר וחצי דבר, במסגרתו כל תשדיר, לרבות תשדיר עובדתי, שיש במידע שבו כדי לתמוך בעמדה שנויה במחלוקת, לרבות במשתמע, יהיה אסור לשידור. זאת ועוד, היועץ המשפטי לממשלה אף מצהיר במפורש כי אין מדובר במדיניות הקיימת, כי אם במדיניות חדשה, שתקבע מעתה ואילך.

**מבחן "המידע האינפורמטיבי והמעשי" המוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה אינו חוקתי, אינו חוקי ואינו פותר את הקשיים הנטענים על ידו**

16. כאמור, המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה מבקשים לקבוע חלף מבחן הרכיב הדומיננטי מבחן חדש. במסגרתו, על הרשות למנוע שידור כל תשדיר שעשוי להעביר מסר

או לתמוך בעמדה "שנויה במחלוקת", וזאת לרבות במשתמע. היועץ המשפטי לממשלה פורש שורה ארוכה של מבחני עזר – תוכן התשדיר, הקשרו של התשדיר, עיתוי התשדיר, נסיבות התשדיר, וזהות המפרסם.

17. כפי שפורט בעתירה ובסעיף 13 לעיל, ההתחשבות בזהות המפרסם ובעמדות האידיאולוגיות או הפוליטיות של המפרסם עולה כדי הפליה אסורה, ופוגעת באופן בלתי מידתי הן בזכות החוקתית לשוויון, הן בביטוייה המפורש של זכות זו כפי שעוגן בחוק איסור הפליה. די בכך כדי להביא לפסילתו של מבחן עזר זה.

18. בהמשך לכך, מבחן "המידע האינפורמטיבי והמעשי" פוגע פגיעה לא מידתית בזכות לחופש ביטוי. כל שופטי ההרכב בפרשת **המפקד הלאומי**, למעט השופטת פרוקצ'יה, מצאו כי הזכות להעביר מסר פוליטי במסגרת תשדיר מסחרי מעוגנת בזכות החוקתית לחופש ביטוי (ויצוין בהקשר זה כי המשיבים כמו גם היועץ המשפטי לממשלה בעמדתו מסתמכים בהרחבה על פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, אף שכאמור דעתה נדחתה על ידי כל יתר חברי ההרכב, הן אלו שהחזיקו בעמדת הרוב והן אלו שהחזיקו בעמדת המיעוט). עמדה זו עולה בקנה אחד עם שלל הדינים המסדירים פרסום ציבורי, דוגמת דינים המגבילים שילוט ותעמולה, דינים המגבילים הפגנות וכדומה. בכל אותם מקרים, השאלה אינה האם נפגעת הזכות לחופש ביטוי, שכן מוסכם כי זו נפגעת. השאלה היא האם הפגיעה בזכות לחופש ביטוי חוקתית בהתחשב בתכלית ההגבלה ובמידתיותה.

19. במקרה הנוכחי, כפי שנפסק על בפרשת **המפקד הלאומי**, ואין בין הצדדים מי שחולק על כך, תכלית ההגבלה היא למנוע מצב בו "בעל המאה הוא בעל הדעה". על בסיס זה נקבע כי הגבלת המידע בתשדירים שנויים במחלוקת לעובדות בלבד, ללא פרשנות או שכונו, מהווה פגיעה מידתית בזכות לחופש ביטוי, שכן היא מונעת תעמולה באמצעות תשדירים מסחריים.

20. מנגד, המבחן אותו מבקש היועץ המשפטי לממשלה לאמץ משרת תכלית אחרת והיא הגבלת הצגתו של מידע שעלול להוביל לביקורת פנימית או חיצונית על פעולותיה של ישראל, ובפרט, ביקורת על פעילות הממשלה. ברי, כי כל תשדיר המציין עובדות שלדעת רשות השידור אינן נוחות לממשלה ימצא, על פי המבחן המוצע, כתשדיר שעל רשות השידור למנוע את שידורו, שכן הוא מצוי במחלוקת ציבורית.

21. כפי שצוין בפסקאות 38-42 לעתירה, תכלית זו אינה תכלית ראויה. השאלה האם ניתן למנוע מידע מהציבור על מנת למנוע מחלוקת ציבורית התעוררה במישרין בעע"מ 3300/11 **מדינת ישראל נ' גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע** (פורסם בנבו, 5.9.2012) ונקבע מפורשות שאין בתכלית זו כדי לאפשר למדינה למנוע פרסומו של מידע. אף שבאותו המקרה ההליך עסק בגילוי מידע על פי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, הרי שהעקרון שנקבע שם נכון אף לענייננו. אין מקום לפרש את כללי רשות השידור כמאפשרים למנוע הנגשת מידע לציבור רק מהטעם שפרסום המידע עלול להוביל לדיון ציבורי או לביקורת על פעילות הממשלה.

22. זאת ועוד, מבחן "המידע האינפורמטיבי והמעשי" אף אינו פותר את הקשיים עליהם מצביע היועץ המשפטי לממשלה. נדמה שעל פי מבחן זה השאלה אינה עוד האם יש בתשדיר כדי לקדם מסר פוליטי, אלא האם מדובר בקריאה לפעולה זו או אחרת. היועץ

המשפטי מציג, לדוגמא, את ההכרעה שהתקבלה בבג"ץ 2468/10 אפרת – העמותה לעידוד ילודה יהודית נ' רשות השידור (פורסם בנבו, 7.3.2011) כחושפת את הקשיים המתעוררים במבחן הרכיב הדומיננטי. דה עקה, נראה כי התשדיר באותה הפרשה היה מאושר גם על פי מבחן "המידע האינפורמטיבי והמעשי" שכן כל שהיה באותו התשדיר, לאחר שהוסכם על נוסח בין הצדדים, הוא דיווח על מספר טלפון, שמה של העמותה וציון הנסיבות שבהן העמותה קוראת לנשים להתקשר אליה. כך הם הדברים גם ביחס לתשדיר שהוסכם בבג"ץ 245/11 ארגון יד לאחים (ע"ר) נ' תחנת גלי צה"ל (פורסם בנבו, 2.3.2013) (להלן: פרשת יד לאחים) אותו מציג היועץ המשפטי לממשלה ככזה החושף את הקושי שבמבחן הרכיב הדומיננטי, והוא הטעם לרצונו להחליף את המבחן הנוהג. תשדיר זה, אשר נוסח על ידי בית המשפט עצמו, יעמוד במבחן המידע האינפורמטיבי והמעשי המוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה, שכן יש בו אינפורמציה בלבד (הנוסח שהוסכם היה "ניסו להשפיע עליך לשנוי דתך? מתן הטבות כפיצוי להטבת דת מהווה עבירה פלילית" ושם ומספר טלפון של הארגון). בדומה, ניתן לחשוב על אין ספור תשדירים שהיו עומדים במבחן המוצע ועדיין היו מעוררים מחלוקת ציבורית או אידיאולוגית. כך, האם הזמנה שתפורסם על ידי מארגני המחאה החברתית לעצרת לציון שלוש שנים למחאה ופרסום פרטי העצרת יחשבו על פי מבחן זה לתשדיר אסור (וודאי שאין זה במקום כי שידורי החדשות ישדרו מסר זה)? האם פרסום מטעם ארגון רבני צוהר לעריכת נישואין באמצעותם יהיה אסור על פי מבחן זה? והאם אותו תשדיר ממש יותר גם כאשר תוכנו יהיה קיום טקסי נישואין על ידי רבנים רפורמים (וברי כי הדבר יכול לעורר מחלוקת אידיאולוגית וציבורית, אף אם התשדיר אינפורמטיבי גרידא)?

23. העולה מהמרובה הוא כי המבחן החדש המוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה מעורר קשיים חוקתיים משמעותיים, עומד בניגוד לחוק איסור הפליה, ואף אינו פותר את הקשיים שהיועץ המשפטי לממשלה טוען לקיומם והם מהווים את הבסיס לעמדתו כי יש לשנות את הלכת המפקד הלאומי. משכך, אף אם יחליט בית המשפט הנכבד להפוך את הלכת המפקד הלאומי אין מקום לאמץ את המבחן שהוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

#### **אין להחיל את המבחן ללא תיקון כללי רשות השידור בהתאם**

24. בתגובתו, טוען היועץ המשפטי לממשלה כי המבחן יחול מעתה ואילך, ויחליף את המבחן שהיה בתוקפו עד ליום זה, וכן יוחל רטרואקטיבית, כאשר נקודת התחילה היא ביום פניית העותרת בבקשה להתיר את שידור התשדיר מטעמה. בשונה, המשיבים טוענים כי זהו המבחן שחל בכל העת, ושני התשדירים ששודרו בעת האחרונה, תשדיר המטה לחוסן לאומי ותשדיר צעירי חב"ד, הם "טעות" (פרוטוקול הדיון מיום 31.7.2008).

25. ראשית, יש לדחות את טענת המשיבים כי מדובר ב"טעות". ברי, כי הנטל להוכיח כי ישנו רף בחינה אחיד וזאת אף שבין שלושת התשדירים היחידים העוסקים במבצע "צוק איתן" ושהתבקש פרסומם אושרו שניים מזוהי ימין, ונדחה אחד, מזוהה שמאל, הוא על המשיבים עצמם (למיטב ידיעת העותרת לא נתבקש שידורם של תשדירים נוספים על רקע מבצע "צוק איתן"). המשיבים לא הציגו את נוהל הבחינה שלהם של תשדירים שמתבקש

פרסומם, ואף לא יכלו להסביר במסגרת הדיון בעל פה מהו ההליך שעברו שני התשדירים שפורסמו "בטעות" למול הליך הבדיקה של התשדיר העומד במוקד עתירה זו. לא מופרך להניח שהסיבה לכך ששני התשדירים האחרים לא הועברו כלל לבחינה משפטית וכי רק התשדיר מטעם העותרת הועבר לבחינה משפטית נעוצה בזהות העותרת.

26. ואכן, אף היסטורית מעולם לא הוצב הרף שנקבע עתה לעותרת. בפרשת **המטה להצלת העם והארץ** לדוגמא הסכימו המשיבים לשידור התשדיר בנוסח מרוכך, אף שבאותו המקרה עסקין בתשדיר שמטרתו שכנוע, וכך גם בפרשת **אפרת** ובפרשת **יד לאחים**.

27. ההליך הנוכחי חושף כי המשיבים קיימו סטנדרט כפול בבחינת תשדירים שמתבקש פרסומם, וכי לגופים מסויימים נערך הליך בחינה שונה מלגופים אחרים. אף העובדה כי בכל אחד ואחד מההליכים הקודמים שהתקיימו בנוגע למניעת פרסומם של תשדירים הצביעו המשיבים מפורשות על הרכיבים בתשדיר המעוררים מחלוקת לגישתם, והציעו נוסח מוסכם, בעוד שבהליך הנוכחי מבקשים המשיבים לפסול באופן מוחלט וגורף את התשדיר כולו, מלמדת על קיום מדיניות של איפה ואיפה. מן הראוי היה שהמשיבים יפרסמו בגלוי את אופן בחינת התאמתם של תשדירים לפרסום. יחד עם זאת, הנחת המוצא היא שכל התשדירים אמורים להבחן על בסיס מבחן הרכיב הדומיננטי שנקבע בפסיקה.

28. עתה, מבקשים היועץ המשפטי לממשלה והמשיבים לקבוע מבחן חדש ושונה לבחינת התאמתם של תשדירים לפרסום, וזאת, מבלי לעגן מבחן זה בכתובים, ומבלי לפרסם את הנוהל הנוגע לאופן ישומו.

29. התנהלות זו עומדת בניגוד חריף לקיומו של מנהל תקין ולכללי המשפט המנהלי.

30. ראשית, התנהלות זו מפירה את החובה של רשות לפעול בשקיפות. כידוע, מקום בו קובעת הרשות תבחנים ומבחנים שונים חובה עליה לפרסמם בפומבי, והיא אינה רשאית להסתמך על פרוצדורות ונורמות הסמויות מהעין (ראו לדוגמא בג"ץ 566/11 **ממט-מגד נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 28.1.2014) פסקה 39 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, וכן ראו, לדיון נרחב בסוגיה, יואב דותן "פרסום הנחיות מנהליות" **משפט וממשל** ג 475 (2005)). קיומם של נהלים פנימיים חשאיים מעורר חשש כבד להתנהלות לא תקינה, ופוגע ביכולתו של הפרט לדעת אילו נורמות חלות עליו בפעולותיו השונות.

31. שנית, שינוי המבחנים למניעת פרסומו של תשדיר בנסיבות אלו מחריף את החשש לקיומו של מנהל לא תקין. בית המשפט הנכבד הכיר בעבר בכך ששינוי תבחנים באופן שבפועל מותאם לבקשתו של גוף אחד מעורר חשש כבד של אפליה מנהלית. מקום בו שינוי התבחנים מונע מפרט או גוף קבלת שירותים על רקע השתייכות לקטגוריה מוגנת, דוגמת מין, נטייה מינית ועמדה מצפונית ופוליטית, יש בכך אף אפליה חוקתית (ראו לדוגמא בג"ץ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 14.10.2010)).

32. שלישית, החשש מאי קיומו של הליך מנהלי תקין מחריף פעם נוספת שכן נראה שהנורמה החדשה שמבקשים המשיבים להחיל לא התקבלה על בסיס הליך מחשבה סדור, על בסיס סקירת הידע שנאסף ובחינת התשדירים שהוגשו לשידור למן תחילת החלת מבחן הרכיב הדומיננטי, סקירה שיטתית של הקשיים שהתגלו ובחינת חלופות אפשריות, כנדרש

בהליך מנהלי. להיפך, המדיניות החדשה כולה, מראשיתה ועד סופה, גובשה רק לאחר שהוגשה העתירה הנוכחית ובתגובה לה. למעשה, במקום שתשדיר העותרת ייבחן על בסיס מדיניות רשות השידור, עוצבה המדיניות הנטענת של רשות השידור במהלך התגובה בעתירה זו, וזאת על מנת למנוע את פרסומו.

33. לבסוף, הנורמה החדשה שהעותרת מבקשת לקבוע נעדרת כל ביטוי בכתובים, ואינה מעוגנת בכללים או בהנחיות פנימיות של הרשות. מדיניות זו יכולה להשתנות חדשות לבקרים, אינה חשופה לציבור, ואין כל מניעה כי יום למחרת סיום ההליך הנוכחי היא תשונה פעם נוספת, על מנת לאפשר שידור תשדיר פוליטי של גורם האהוד יותר על ראשות רשות השידור. ואכן, גם בימים אלו, ובעוד שעתירה זו נכתבת, משודרים מידי יום עשרות תשדירים פוליטיים. לצד התשדירים הפוליטיים שאוזכרו בעתירה דוגמת תשדיר המועצה לחוסן לאומי ותשדיר צעירי חב"ד, ולצד תשדירים פוליטיים דוגמת תשדירה של עמותת אפרת ותשדיר יד לאחים, רוכשת הממשלה עצמה ומשרדיה זמן אוויר מרובה על מנת לקדם את עמדותיה בסוגיות שנויות במחלוקת (וזכור במיוחד הקמפיין התקשורתי הנרחב בזכות רפורמת "אופק לחינוך", עת זו הייתה מצויה במוקד מחלוקת פוליטית וציבורית). כאמור, המידע המלא בדבר סוגי התשדירים שפורסמו בשנים האחרונות מטעם גופים מדינתיים, גופי מגזר שלישי וגופים מסחריים בעלי זיקה פוליטית או עמדה אידיאולוגית מצוי בידי המשיבים בלבד ואינו חשוף לציבור. יחד עם זאת, די בהאזנה יומיומית לרדיו על מנת ללמוד שבמסגרת תשדירי הרדיו כיום משודרים תשדירים רבים הנוגעים למחלוקות הקיימות בציבור, ואלו אינם נפסלים, וסביר שאף לא יפסלו, על ידי המשיבים.

#### שינוי הלכת המפקד הלאומי - סיכום

34. כאמור, העותרת סומכת ידיה על הלכת המפקד הלאומי והלכת חינוך לשלום.
35. המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה לא הצביעו על כל טעם מבורר המצדיק את הפיכתה או שינויה של הלכת המפקד הלאומי. ברקע לכך, כידוע, אף שלבית המשפט הנכבד הסמכות להפוך הלכה שיצאה ממנו, יעשה זאת במשורה בלבד (ראו לדוגמא: רע"א 3749/12 בר-עוז נ' סטר (פורסם בנבו, 1.8.2013)).
36. תכליתו של המבחן החדש המוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה – מניעת חשיפתן של עובדות שעלולות ליצר מחלוקת בציבור מאחר שאינן נוחות לממשלה ומעוררות ספק באשר להצדקת פעולה, היא תכלית לא ראויה. תכלית זו, שנדחתה בפסיקה בעבר, פוגעת פגיעה קשה ויסודית ביכולת לקיים שיח דמוקרטי בו כלל העובדות גלויות וידועות. היא אף יוצרת תלות בין רשות השידור לבין הממשלה ופוגעת בעצמאותה שכן היא מחייבת את רשות השידור "להתיישר" עם הממשלה.
37. בהמשך לכך, המבחן החדש המוצע על ידי היועץ המשפטי לממשלה אינו חוקתי נוכח הפגיעה הקשה והלא מידתית בזכות לשוויון, ונוכח הפגיעה הקשה והלא מידתית בזכות לחופש ביטוי. כמו כן, כאמור, המבחן אינו פותר את הקשיים עליהם מבסס היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו.



38. לא זאת ועוד, הליך שינוי מדיניות המשיבים, שנעשה כולו נוכח העתירה הנוכחית, בסתר, ללא תשתית ראייתית ראויה, ללא מחשב סדור וללא עיגון הנוהל החדש בכתב, מעורר חשש ממשי כי אין מדובר במדיניות שעוצבה בהליך מנהלי ראוי אלא מדיניות שכל מטרתה היא הדרת העותרת מהשידור הציבורי, ואשר לא נאכפה בעבר ולא תאכף בעתיד על גופים אחרים.

39. מכל מקום, ככל שבית המשפט הנכבד יבקש להפוך את הלכת **המפקד הלאומי** ואת הלכת **חינוך לשלום** תבקש העותרת כי בית המשפט הנכבד יורה על הרחבת ההרכב, ויאפשר לה לטעון בפני ההרכב הן לעניין השפעת הפרשנות המבוקשת על ידי המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה על עצם חוקתיות הכללים, כמו גם לעניין הפגמים בפרשנות המוצעת עצמה.

40. בתמצית, ומבלי לקבוע מסמרות בטיעון במישור זה ככל שיתעורר הצורך בהגשתו, העותרת תבקש מבית המשפט לאמץ מבחן חלופי, המתמקד במבחן ההשפעה. משתכלית ההסדר היא למנוע מצב בו "בעל המאה הוא בעל הדעה", ובו בזמן, מאחר שלא פעם משמשים תשדירים מסחריים ברשות השידור הדרך המרכזית של גופים שעמדותיהם אינם פופולריות על בעלי הדעה ברשות השידור ובגופי תקשורת אחרים להציג את המידע המצוי בידיהם לציבור, יתבקש בית המשפט לקבוע את המבחן החדש כנקודת האיזון בין שני היבטים מנוגדים אלו. במסגרת המבחן, מקום בו מבקשת רשות השידור למנוע תשדיר מחמת היותו שנוי במחלוקת ציבורית או אידיאולוגית, יהיה עליה הנטל להוכיח כי ניתן למידע זה ביטוי הוגן במסגרת השידור הציבורי עצמו. אם כשלה הרשות מלעשות זאת, לא תהיה היא רשאית למנוע את פרסום המידע (אף שיוותר על כנו מבחן הרכיב הדומיננטי – קרי, שהתשדיר יוגבל למידע בלבד ולא יכלול שכנוע או פרשנות). כאמור, נוכח הערות בית המשפט הנכבד במסגרת הדיון בעל פה, העותרת אינה מרחיבה עוד בסוגיה זו, ותעשה זאת ככל שידרש הדבר, ואם בית המשפט הנכבד יחליט על בחינתה מחדש של הלכת **המפקד הלאומי**.

#### תשדיר העותרת עומד במבחן ה"רכיב הדומיננטי"

41. לצד הטענה העקרונית של היועץ המשפטי לממשלה ושל המשיבים שעל פיה יש להפוך את הלכת **המפקד הלאומי** נוכח הקושי העיוני והמעשי שהיא מעלה, טוענים הם שורה ארוכה של טענות לעניין עמידת התשדיר במבחן ה"רכיב הדומיננטי" כפי שנקבע בפסיקה. העותרת סבורה כי יש לדחות את כלל טענותיהם במישור זה, כפי שיפורט להלן.

42. בפתח הדברים יובהר, כפי שהובהר בדיון בעל פה (ראו פרוטוקול הדיון מיום 31.7.2014) כי התשדיר אינו פוליטי, וודאי שאינו קורא לתמיכה במפלגה או זרם פוליטי זה או אחר. התשדיר הינו תשדיר שמטרתו הברורה והגלויה היא לתת שם לילדים פלסטינים שנהרגו במהלך הלחימה בעזה ולהאניש ילדים אלו, אשר ככלל כלל אינם מגיעים לתודעת הציבור ולכל היותר מוזכרים בשולי הדברים וכתון "סטטיסטי" בלבד. משמע, אף שמדובר בתשדיר אידיאולוגי, ספק אם עצם המסר של קידום זכויות האדם יכול להימצא כפוליטי, וודאי שהוא אינו מפלגתי.

43. היועץ המשפטי לממשלה והמשיבים טוענים לקיומו של "חוסר איזון" בתשדיר מאחר שהוא אינו מזכיר את ההרוגים הישראלים במהלך הלחימה. טענה זו יש, לגישת העותרת, לדחות הן במישור העקרוני והן בנסיבות המקרה הספציפי.
44. במישור העקרוני, מבחן "הרכיב הדומיננטי" מחייב פרסומן של עובדות ועובדות בלבד, אך אינו מטיל על המפרסם חובה לשקף תמונה מאוזנת של העובדות. במסגרת זאת, ודאי שלא ניתן לאפשר הצגה מניפוליטיבית של העובדות, היוצרת מצג מטעה. יחד עם זאת, בית המשפט הנכבד פסק עוד בהלכת **חינוך לשלום** כי לא ניתן להחיל את דוקטרינת ההגינות על תשדירים מסחריים. זהו הטעם שעמד בבסיס ההלכה שנקבעה באותה הפרשה, ואשר התירה פגיעה בחופש הביטוי והגבלתו לנתונים עובדתיים בלבד. וברי, כי לב ליבה של דוקטרינת ההגינות הוא בהגינות במסירת דעות, אף שוודאי שיש לה השלכות על המידע שנמסר לציבור (וראו בעניין זה פסקאות 34-37 לעתירה).
45. בנסיבות המקרה הספציפי, התשדיר הוא תשדיר מאוזן ביותר. המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה אינם טוענים כי התשדיר עלול ליצור מצג שווא בקרב המאזין על פיו לא היו נפגעים והרוגים ישראלים במהלך המבצע. ודאי כי כל מאזין לשידורי הרדיו בימים אלו חשוף להיקף ההרוגים והפצועים הישראליים, המסוקרים בהרחבה במהדורות החדשות שעה שעה.
46. זאת ועוד, כפי שפורט בסעיף 56 לעתירה, למרבה המזל עד ליום זה לא נהרגו ילדים ישראלים במסגרת סבב הלחימה האחרון, ומשכך, אף לו היה התשדיר כולל את כל הילדים, ישראלים ופלסטינים, שנהרגו בלחימה, היו נמנים במסגרתו ילדים פלסטינים בלבד.
47. משכך, התשדיר ודאי אינו מטעה את ציבור המאזינים. להיפך, הוא פורש בפני הציבור תמונה עובדתית רחבה יותר, וחושף אותם למידע נוסף, לצד המידע לו הם חשופים במסגרת שידוריה השוטפים של רשות השידור.
48. עוד נטען כי התשדיר אינו מאוזן מאחר שהוא אינו מציין את המספר הכולל של ההרוגים ומסתפק בציון "רשימה חלקית" בסיום התשדיר. אף שלגישת העותרת אין בכך כדי להעיד על היות התשדיר לא מאוזן, היא שבה וחוזרת על הסכמתה שבוטאה בדיון בעל פה, שעל פיה יצוין בראשית התשדיר המספר הכולל של ההרוגים הפלסטינים במהלך הלחימה בעזה, או המספר הכולל של ההרוגים הפלסטינים שלא השתתפו בלחימה, או המספר הכולל של ההרוגים מתחת לגיל 15, ככל שיהיה בתוספת זו כדי להביא את המשיבים למשוך את התנגדותם לפרסום התשדיר.
49. בדומה, נטען כי עצם ציון שם העותרת בתשדיר מצביע על היותו לא מאוזן. כפי שפורט בהרחבה לעיל, העותרת מתנגדת בכל תוקף לטענה עקרונית שניתן להתחשב בזוהת המפרסם במסגרת בחינת התאמת תשדיר לפרסום. יחד עם זאת, גם במישור זה מסכימה העותרת כי התשדיר יפורסם ללא ציון שם העותרת בסופו, אם יהיה בכך כדי להביא את המשיבים למשוך את התנגדותם לפרסום התשדיר. זאת, כל זמן שהמשיבים לא יטענו לאחר מכן כי פרסום התשדיר ללא ציון שם המפרסם מטעה את הציבור (ויצוין כי לגישת העותרת ישנו טעם לפגם בפרסום תשדיר ללא ציון שם המפרסם, נוכח העיקרון הכללי שעל פיו יש להביא דבר בשם אומרו, והחשש כי מנגנון של פרסום ללא הזדהות עלול

בעתיד להוביל לקשיים לא מבוטלים).

50. עוד נטען כי ישנו חשש למהימנות המידע. טענה זו, שהועלתה על ידי המשיבים בלבד, ולא הועלתה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, טוב היה לו לא הייתה נטענת. אין מחלוקת של ממש בדבר קיומם של פלסטינים רבים מתחת לגיל 15 שנהרגו במהלך הלחימה בעזה. המידע בנושא זה מפורסם על ידי גורמים רבים, לרבות גורמים של צה"ל והאוי"ם, וודאי שהוא עומד ברף של פרסום עיתונאי ואינו מטעה את הציבור. בהמשך לכך, מלוא האחריות על פרסום השמות הוא על העותרת, ולא על רשות השידור, ממש כפי שהאחריות לכל מידע בתשדיר מסחרי הוא על הגורם המפרסם, ורשות השידור אינה אחראית על נכונותו. מכל מקום, אם יש שם ספציפי זה או אחר שהמשיבים חלוקים על עצם עובדת מותו של הילד ששמו מוזכר בתשדיר העותרת תסכים לספק את מקור המידע עליו מבוססת הידיעה. במאמר מוסגר יצוין כי העותרת פועלת כגוף המדווח על מצב זכויות האדם בשטחים מזה למעלה מ-25 שנים והיא נמצאה כמהימנה על ידי גופים ישראלים ובינלאומיים רבים.

51. לבסוף, העותרת דוחה בשאט נפש את הטענה כי יש בטון ההקראה של שמות הילדים ההרוגים כדי ללמד על היות התשדיר לא מאוזן. לגישת העותרת אין כל דרך להקריא שמות של ילדים מתים למעט בקול כזה. זהו טון מכבד, המכיר בהיותו של כל אדם ראוי לחיים, ומצר על סיומם של החיים בטרם עת. העותרת מתקשה לדמיין כל דרך אחרת להקריא שמות של ילדים שנהרגו. מכל מקום, נדמה כי המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה הופכים בין סובב ומסובב – לא הטון הרציני הוא שמעורר את העצב של שומע התשדיר, אלא עובדת מותם של ילדים בלחימה היא שמעוררת את העצב, והיא שמחייבת את הקראת השמות בטון רציני.

## סוף דבר

52. נוכח האמור בעתירה, התשובות שנתנו בדיון בעל פה והאמור בהודעה זו, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את עמדת המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה על שני ראשיה – משמע, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות הן את הטענה כי יש להפוך במסגרת ההליך הנוכחי את הלכת **המפקד הלאומי**, ולאמץ, חלף מבחן הרכיב הדומיננטי את מבחן "המידע האינפורמטיבי והמעשי", והן את הטענה כי התשדיר הנוכחי אינו עומד במבחן הרכיב הדומיננטי.

53. לגישת העותרת, אין מקום בשלב זה להפוך את הלכת **המפקד הלאומי** שהתקבלה בהרכב מורחב של שבעה שופטים. כפי שצוין לעיל, ככל שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון לשוב ולבחון את ההלכה, תבקש העותרת כי יורחב הרכב השופטים וכי תינתן לה האפשרות לטעון באופן מקיף הן ביחס לחוקתיותם של הכללים נוכח הפרשנות החדשה שמבקשים המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה לאמץ, הן ביחס לפרשנות המוצעת עצמה.

54. לגישת העותרת, כל עוד נותר מבחן הרכיב הדומיננטי על כנו, אין כל דרך לפרש מבחן זה כך שהתשדיר שלה לא ימצא כראוי לשידור. כלל מבחני העזר החדשים המוצעים על ידי המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה, דוגמת מבחן זהות המפרסם, מועד הפרסום,

התגובה הצפויה של הציבור לנתונים העובדתיים שימסרו לו וכיוצא בזה אינם חלק ממבחן הרכיב הדומיננטי, והם כולם מעוררים קשיים חוקתיים ועומדים בניגוד לחקיקה ולהלכות שיצאו מבית משפט זה. בפשטות, עמדת העותרת היא כי ניסיונם של המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה לתאר את המבחן החדש המוצע על ידם כ"פרשנות" של ההלכה הנוהגת אינו מחזיק מים.

55. כל שדורש מבחן הרכיב הדומיננטי הוא שהתשדיר יכלול עובדות בלבד, ללא פרשנות ושכנוע. בית המשפט הנכבד דחה במפורש את הטענה כי להקשר הפוליטי יש משקל או שדי בו כדי להתיר למשיבים למנוע שידורו של תשדיר. התשדיר הנוכחי הוא שידור של עובדות בלבד, ללא כל פרשנות או ניסיון שכנוע והוא עומד אף בפרשנות הצרה והמצומצמת ביותר האפשרית של הלכת **המפקד הלאומי**.

56. זאת ועוד, אף הליך שינוי רף הבחינה, שנעשה ללא בחינה סדורה, במסגרת התשובה לעתירה זו וללא כל עיגון בכתובים מעיד כאלף עדים שאין מדובר על שינוי מדיניות ממשי, אף לו היו היו המשיבים רשאים על דעת עצמם לאמץ מדיניות הנוגדת את ההלכה שיצאה מבית המשפט הנכבד. מדובר במדיניות שעוצבה על מנת למנוע מהעותרת וממנה בלבד את פרסום התשדיר. היא לא יושמה בעבר, לרבות העבר הקרוב, ותשדירים בעלי מסרים שאינם עובדתיים וכל תכליתם שכנוע שודרו. כמו כן, ספק אם מדיניות זו תיושם בעתיד, מקום בו, לדוגמא, תבקש הממשלה לשרת תשדירים מסחריים בשביל לקדם את מדיניותה בתחומים שונים.

57. על רקע כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לייתן צו מוחלט כמבוקש בעתירה, ולפסוק לטובת העותרת הוצאות משפט ושכר טרחת עורכי דין. אף אם ימצא בית המשפט לנכון לדחות את העתירה, נוכח הודעת היועץ המשפטי לממשלה המגלה כי בשל העתירה שונתה מדיניות המשיבים, והודעת המשיבים עצמם כי הם אפשרו עד כה קיומם של תשדירים הנוגדים את מדיניותם הנטענת ובשל העתירה תקנו את נהליהם, יתבקש בית המשפט הנכבד לפסוק הוצאות לטובת העותרת נוכח התרומה שבעתירה לשיפור המנהל התקין בקרב המשיבים.

היום, 6 אוגוסט 2014

---

חגי קלעי, עו"ד

**בא-כוח העותרת**